

Tilburg University

## De directeur-groootaandeelhouder en het BV-recht

van der Sangen, G.J.H.; Raaijmakers, M.J.G.C.

*Published in:*  
Onderneming en aandeelhouder

*Publication date:*  
2011

*Document Version*  
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
van der Sangen, G. J. H., & Raaijmakers, M. J. G. C. (2011). De directeur-groootaandeelhouder en het BV-recht. In *Onderneming en aandeelhouder* (pp. 170-189). (Recht en Onderneming). Kluwer.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## **De directeur- grootaandeelhouder in het nieuwe BV- recht**

Raaijmakers, Theo; van der Sangen, Ger

*Published in:*  
Handboek 'onderneming en aandeelhouder'

*Document version:*  
Peer reviewed version

*Publication date:*  
2011

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*  
Raaijmakers, M. J. G. C., & van der Sangen, G. J. H. (2011). De directeur- grootaandeelhouder in het nieuwe BV- recht. In P. van der Korst, & G. T. M. J. Raaijmakers (Eds.), Handboek 'onderneming en aandeelhouder'. (Recht en Onderneming). Deventer: Kluwer.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- ? Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- ? You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- ? You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# De directeur-groootaandeelhouder in het nieuwe BV-recht

Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers  
Mr. Dr. G.J.H. van der Sangen

## *1. De DGA in het nieuwe BV-recht: inleiding*

Deze bundel belicht vanuit verschillende gezichtspunten de hoedanigheid en positie van onderscheiden typen aandeelhouders. Ons is gevraagd te reflecteren op de positie van de directeur-groootaandeelhouder ('DGA') in het huidige Nederlandse ondernemingsrecht, mede in het licht van het streven van de Nederlandse overheid om adequaat te kunnen concurreren met andere Europese lidstaten bij het aantrekken en faciliteren van startende ondernemers en kleine ondernemingen. Hoe is de balans tussen dat streven enerzijds en de behoefte aan adequate bescherming van andere betrokkenen zoals bijvoorbeeld crediteuren anderzijds?

Wij kiezen het perspectief van starters en ondernemers die hun onderneming willen drijven/voortzetten in de rechtsvorm van een BV naar het *nieuwe BV-recht*.<sup>1</sup> Oogmerk daarvan is een vereenvoudiging en flexibilisering van de BV en versterking van haar concurrentiekracht ten opzichte van buitenlandse rechtsvormen die DGA's ingevolge de door het EHvJ ontwikkelde vrijheid van vestiging, kunnen kiezen.<sup>2</sup> Het nieuwe BV-recht biedt, zowel wat de interne organisatie betreft alsook voor de bescherming van externe belanghebbenden belangrijke verbeteringen en sluit daarmee beter aan bij de realiteit van echt besloten verhoudingen dan het bestaande quasi-NV-rechtelijke BV-statuuut, ook al blijft de gehandhaafde institutionele inslag vragen oproepen. De voorstellen voor introductie van een Europese BV en buitenlandse ontwikkelingen moeten wij bij de toegestane omvang van deze bijdrage onbesproken laten.<sup>3</sup>

### *1.1 DGA is niet een privaatrechtelijk begrip*

Directeur-groootaandeelhouder (DGA) is niet een vastomlijnd privaatrechtelijk begrip. In het belastingrecht duidt het op de bestuurder van (doorgaans) een BV die tenminste 5% van het geplaatste kapitaal bezit. Veelal start die als eenmansondernemer om pas later te kiezen voor de rechtsvorm van een BV. De daartoe nodige omzetting of inbreng als going concern van een onderneming in/aan een BV is privaatrechtelijk niet,<sup>4</sup> maar in de belastingheffing wel vereenvoudigd.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Wetsvoorstel 31 058 (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht) is in behandeling bij de Eerste Kamer. Wetsvoorstel 32 426 (Invoeringswet) is in behandeling bij de Tweede Kamer. Ook wetsvoorstel 31 763 (Wet aanpassing bestuur en toezicht) wijzigt het bv-recht.

<sup>2</sup> EHvJ, C-167/101, 30 september 2003, NJ 2004,394 m.nt. P. Vlas

<sup>3</sup> Vgl. M.M.A. van Daelen en J.H. Huybens, Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in de verschillende lidstaten, TvOB (2010), p. 99-117; M.J.G.C. Raaijmakers, *The Societas Privata Europaea*, in: M. Tison, e.a. (red), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, Cambridge University Press 2009, p. 18-42.

<sup>4</sup> Vgl. M.J.G.C. Raaijmakers, *Naar een wetboek Ondernemingsrecht? Afscheidsrede UvT* (2010, Boom), par.5.

<sup>5</sup> De inbreng van een onderneming in een BV door een eenmansondernemer of de partners in een OV/OV(R) wordt behandeld als *staking* van hun (subjectieve) onderneming en als realisering van de door hen in hun (recht op hun) onderneming opgebouwde waarde, inclusief de goodwill. Over de stakingswinst is belasting verschuldigd. De Wet IB 1969 geeft echter twee mogelijkheden om de heffing daarvan uit te stellen: (a) een ruisende en (b) een geruisloze omzetting. Krachtens de eerste optie kan hij een deel van de stakingswinst omzetten in een lijfrente met recht op een regelmatig toekomstig inkomen, zodat de stakingswinst en verschuldigde belasting kunnen worden verminderd door een speciale premieaftrek voor de inkoop van die lijfrente. Die premie wordt voldaan door

### 1.2. De DGA als ondernemer

Onder een DGA verstaan wij de *natuurlijke persoon* die alleen of in samenwerking met anderen een onderneming start, inbrengt en in stand houdt in een eenmans- of samenwerkings-BV en zowel als aandeelhouder als bestuurder controlerende invloed heeft op de BV als rechthebbende op ‘zijn/hun’ onderneming: volledige zeggenschap (als aandeelhouder en als bestuurder), rechten op inkomen (als bestuurder: salaris en als aandeelhouder: dividend en uitkeringen) en recht op de vervreemdings-, liquidatie- of exit-waarde zijn de kernelementen van de positie van de DGA.

De motieven voor incorporatie in een BV door de eenmansondernemer of beroeps- of bedrijfsmatig samenwerkende partners kunnen verschillen: optimalisering van het op hen toepasselijke fiscale regime,<sup>6</sup> bescherming van de ondernemingscontinuïteit tegen persoonlijke lotgevallen (overlijden, onbekwaamheid, faillissement, schuldsanering), verhaalsbeperking van privécrediteuren op het zaakvermogen, scheiding van privé- en zakelijke sfeer ook ten opzichte van de levenspartner, afscherming van het privévermogen tegen verhaal door zaakscategorieën (beperking aansprakelijkheid), bescherming van de ‘going concern’-waarde van de onderneming en de waarde van het aandeel daarin, vereenvoudiging van opvolging en overdracht van het belang in de onderneming, vereenvoudiging van financiering, verpanding/vruchtgebruik aandelen en – in complexere verhoudingen (zoals in familie-BV) – een ‘off the rack’ governance model.

Wat ook na een kosten-baten-analyse zijn keuze voor een BV heeft bepaald, het belang van de DGA is evident. Op basis van de vrijheid van ondernemerschap en bij samenwerking die van associatie, wil hij met zijn onderneming, ook na incorporatie in een BV, als ‘ondernemer’ ondernemen, beleid en strategie bepalen, leiding geven aan de onderneming, daaruit inkomen genieten (salaris, dividend, uitkeringen) en de ‘going-concern’-waarde behouden en vermeerderen (om die te kunnen realiseren met het oog op zijn oudedagsvoorziening of voor herinvestering). Voor hem heeft ‘zijn’ BV in die zin een *instrumenteel* karakter en daarom wil hij zijn ‘eigendommelijke’ belang in de onderneming deugdelijk beschermd zien.<sup>7</sup> Maar de keuze voor een BV brengt mee dat ook de DGA ingevolge art. 2:239 lid 6 *als bestuurder* gehouden is zich bij de vervulling van zijn taak te richten naar het belang van zijn BV en de daarmee verbonden onderneming. Zie hierna par. 1.4.

### 1.3 De DGA in het BV-recht: drie vormen

Wij onderscheiden: a) de DGA in een eenmans-BV, waarin hij zowel enig aandeelhouder als enig bestuurder is b) de DGA in een persoonsgebonden en op samenwerking gerichte BV, waarin hij, zoals in een personenvennootschap, krachtens een onderlinge regeling tot samenwerking zowel bestuurder is alsook houder van een deel van de aandelen en c) de DGA in een BV waarin hij als aandeelhouder al dan niet doorslaggevende zeggenschap naast andere *niet* door samenwerking gebonden

---

inbreng van de onderneming. Dit is aantrekkelijk als de DGA zich wil terugtrekken en verzekeren van een vast toekomstig (IB-plichtig) inkomen. Bij *geruisloze inbreng* wordt gehandeld als ware er geen stakingswinst en wordt de onderneming ook fiscaal gewoon voortgezet (art. 3.65 Wet IB). De fiscus behoudt een claim op de stille reserves: de activa worden tegen de bestaande boekwaarde opgenomen in de fiscale balans van de BV. Over de goodwill wordt niet afgerekend, noch wordt die in de fiscale balans geactiveerd.

<sup>6</sup> Zie J.A.G. van Es, Afweging bv of eenmanszaak; tendens in de tijd, *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, augustus 2007.

<sup>7</sup> Vgl Raaijmakers, *Naar een wetboek Ondernemingsrecht?*, Afscheidsrede UvT, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2010, par.5.

aandeelhouders; men denke aan de bestuurder X die 15% of een bestuurder Y die 85% van de aandelen bezit naast andere ‘verspreide’ aandeelhouders (familie-BV’s). De eenmans-BV levert geen interne ‘agency’-problemen op: omdat hier geen niet bij het bestuur betrokken aandeelhouders zijn ontbreekt ook de noodzaak tot wettelijke en statutaire bescherming tegen opportunistisch gedrag ten nadele van hen.. Dat geldt ook voor een quasi-vof, de BV die vorm geeft aan de onderlinge samenwerking van ‘partners’ die zelf, naar het voorbeeld van de personenvennootschap, hun eigen onderlinge verhoudingen kunnen regelen. Het nieuwe BV-recht biedt bepaald meer ruimte voor een zodanige contractuele organisatie dan het bestaande, *dwingendrechtelijke* van de NV gekopieerde ‘verenigingsrechtelijke’ BV-model. Veel regels kregen een aanvullend karakter, waarvan DGA’s dus kunnen afwijken bij de vormgeving van de interne structuur van hun BV. Die vrijheid van inrichting laat echter onverlet dat ook het nieuwe BV-recht een aantal regels bevat die gericht zijn op bescherming van crediteuren.

In het derde BV-model staan een of meer aandeelhouders-*niet-bestuurder* ‘tegenover’ een of meer DGA(’s) die zowel bestuursmacht alsook (al dan niet doorslaggevende) zeggenschap in de AvA hebben. In familie-BV’s kan een DGA feitelijk doorslaggevende zeggenschap hebben, zeker als de overige aandelen in een 3<sup>e</sup> of 4<sup>e</sup>-generatie BV sterk(er) verspreid of ook gecertificeerd zijn.<sup>8</sup> Dan is er wel behoefte aan waarborgen tegen misbruik van meerderheidsmacht in de *interne* verhouding tussen die DGA’s en de andere aandeelhouders. Die interne ‘conflict’-regels dienen dan echter niet tot bescherming van crediteuren en daarom moeten die – ook in faillissement – niet worden verward met de dáárvoor geldende regels (en geen externe of reflexwerking worden toegekend in een actie van crediteuren en/of curator in faillissement).<sup>9</sup>

Omgekeerd behoeven DGA’s met een minderheid in de AvA bescherming tegen de meerderheid indien naar komend recht verschil van inzicht bestaat over o.m. uitkeringen aan aandeelhouders, decharge en ontslag van de bestuurder.

#### *1.4 De BV: instrumentele rechtsvorm voor de DGA of toch ‘instituut’*

De DGA kiest dus een BV als ‘carrier’ voor ‘zijn’ onderneming. Maar ook het nieuwe BV-recht neemt niet geheel afstand van de BV als een ‘instituut’.<sup>10</sup> Zo moet de DGA als bestuurder zijn opdracht niet in zijn *eigen* belang doch ingevolge art. 2:9 BW jo. 2:129 lid 5 in het belang van de BV en haar onderneming vervullen, terwijl hij als aandeelhouder in zijn eigen belang mag handelen. Ernstig verwijtbaar tekortkomen als bestuurder geeft de BV tegen haar bestuurder een actie tot schadevergoeding, maar als de DGA de enige aandeelhouder is, beslist hij daar in die kwaliteit zelf over (als aandeelhouder). De zeldzame acties werden dan ook ingesteld tegen *gewezen* bestuurders. Echter, ook curatoren in faillissement benutten die actie ten behoeve van de boedel en daarmee de crediteuren. Ook verzuim van regels die primair aandeelhouders beschermen benut de curator. Hoewel regels inzake vermogen en kapitaal in algemene zin ook voor crediteuren van belang kunnen zijn, zijn die niettemin niet op de bescherming daarvan gericht. De Hoge Raad sprak van ‘anderen

---

<sup>8</sup> De DGA-problematiek vertoont verwantschap met de moeder-dochter-verhouding, maar de moeder is niet steeds zelf bestuurder in haar dochter-BV en staat aan het hoofd van een groep met een eigen te beschermen ‘*concern*’-belang dat verschilt van het ‘eigendommelijke belang’ van de DGA.

<sup>9</sup> HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (Schwandt q.q.Berghuizer Papierfabriek).

<sup>10</sup> Vgl Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV*, 14<sup>e</sup> druk, par. 1.1-5, stellen nog immer zonder onderscheid voor BV en NV de ‘institutionele deelrechtsorde’ voorop; vgl Asser-Maeijer/Nieuwe Weme/Van Solinge, nr. 395; anders: Pitlo/Raaijmakers (2006), par. 3.3-4.

die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de rechtspersoon' in gevallen waarin direct of indirect vermogen werd overgeheveld van de BV naar DGA's waardoor die 'anderen' *voorzienbaar* benadeeld werden. Dat echter vloeit . reeds voort uit het algemene privaatrecht (o.d., *Pauliana* en de algemene Beklaml-norm) die voor de BV in beeld komen ingeval van haar feitelijke insolventie.<sup>11</sup> Daarom vervult de instituutsidee o.i. geen functie als algemene grondslag voor crediteurenbescherming nu die immers berust op algemene en specifiek voor dat doel geschreven regels. Het nieuwe BV-recht heeft terecht een aantal specifieke regels inzake kapitaal- en vermogensbescherming geschrapt.<sup>12</sup>

De instituutsidee berust mede op het 'verenigingsrechtelijke' karakter dat het BV-statuut en bouwt niet, zoals tot 1971, voort op de regels voor maatschap, vof en CV. De BV volgde het NV-model, ook wat de op afstand gedachte (zelfstandigheid van het) bestuur tegenover de AvA en zijn institutioneel opgevatte taken betreft. In het nieuwe BV-recht is de invloed daarvan, zoals zal blijken, bepaald verminderd maar conceptueel nog niet geheel verdwenen. Het roept daarmee de vraag op naar de verhouding tussen belang en actie van anderen dan aandeelhouders. O.i. biedt de vage notie van de instituutsidee geen zelfstandige grond tot uitbreiding van de kring van direct belanghebbenden, zoals o.m. bedoeld in art. 2:15/16. Dat het hier niet gaat om een puur theoretische kwestie illustreren bijvoorbeeld de NJV-preadviezen over Maatschappelijk Verantwoord Ondernemerschap (2010). Daarin werd o.m. gesteld dat ondernemingen weliswaar 'een centrale rol als motor van een efficiënte welvaartsvoorziening ten behoeve van de samenleving als geheel' vervullen, maar dat de samenleving die functie aan de ondernemer heeft '*uitbested*' door hem onder meer *te voorzien van* i.c. het BV-statuut. Die '*licence to operate*' kan 'ondernemers belangrijke beperkingen in hun vrijheid opleggen.' Nu MVO-normen<sup>13</sup> ook het BV-recht *als zodanig* zouden omvatten en aan het ondernemingsorganisatierecht ('het geheel van regels dat betrekking heeft op de juridische en feitelijke organisatie van de onderneming') werden gekoppeld, illustreert die gedachtengang dat en hoezeer dan de normatieve betekenis van de instituutsidee zich uitbreidt. Wij menen dat dan de ook door de wetgever te respecteren grondrechtelijke vrijheid van ondernemerschap en associatie en bescherming van eigendom uit het zicht raken. "De vennootschap evolueerde van contract naar instituut, de onderneming van 'object van eigendom naar instituut'. *Een aandeelhouder heeft slechts recht op het ongestoorde genot van zijn aandeel* (curs. R/vdS)." <sup>14</sup> Die redenering leidt naar een zeer vergaande

<sup>11</sup> Daarbuiten is het bestuur van de BV, tenzij anders bedongen, vrij in haar betalingsgedrag. Dat is bij de reconstructie van de boedel door de curator, tegenstrijdig belangacties en acties tot storting en bestuurdersaansprakelijkheid bij verzuim daarvan (zie echter art. 2:180-nieuw) in een aantal gevallen uit het oog verloren. G.J.H. van der Sangen, 'Tegenstrijdigbelangperikelen: the saga continues?', *TvOB* 2010-2, p. 44-50.

<sup>12</sup> Concessiedwang (oprichting geschiedt slechts krachtens uitdrukkelijk besluit van de overheid) en preventief toezicht (antecedentenonderzoek en verklaring van geen bezwaar op statutaire inrichting) zijn vervangen door repressief toezicht, maar dienen hetzelfde doel: 'bevordering van vertrouwen van het handelsverkeer in de BV, al geeft dat uiteraard niet per se een 'keurmerk van betrouwbaarheid'.

<sup>13</sup> "MVO is de verantwoordelijkheid van de ondernemer om in zijn ondernemen te voldoen aan de gerechtvaardigde verwachting van de samenleving ten aanzien van de maatschappelijke gevolgen van zijn ondernemen, zoals economische, sociale en milieu gevolgen, voor alle stakeholders."

<sup>14</sup> Naast de holistische leer (Maeijer, Mendel), de resultante-leer (Van der Grinten) en de leer die daaraan een inhoud onthoudt (Honée en Winter), stelde Eijssbouts 'belangenpluralisme' centraal waarin z.i. "naast directe ook plaats is voor indirect, buitenvennootschappelijk, extern, algemeen of maatschappelijk belang", waarvan de *rangorde* dan wordt bepaald door de *enlightened shareholder of stakeholder oriëntatie*. Als dat verbrede 'vennootschappelijke belang' dan doorwerkt in centrale

internalisering van exogene belangen, ook die van crediteuren die anderszins kunnen en behoren te worden beschermd.

De MvT bij de Invoeringswet spreekt, zoals we zullen zien, intussen een ietwat andere taal.

### *1.5 Voortzetting van een eenmanszaak of samenwerking*

Dat instituutsidee lijkt intussen (veelal onuitgesproken) een conceptuele blokkade te blijven vormen voor verruiming van reorganisatiemogelijkheden. Het blijft immers voor de praktijk erg bezwaarlijk dat eenvoudige ‘omzetting’ van een eenmanszaak in een BV niet, zoals elders, wettelijk wordt vereenvoudigd. Dat bezwaar geldt ook voor omzetting van een personenvennootschap in een BV, waarin de partners hun onderlinge regeling tot samenwerking en onderneming wensen voort te zetten.

Volgens de heersende leer biedt art. 2:18 BW daartoe niet de ruimte omdat de vof, CV en openbare maatschap geen rechtspersoon zouden zijn. Ook in Wetsvoorstel titel 7.13 BW is omzetting van OV naar BV en van OVR/CVR naar een BV niet mogelijk.<sup>15</sup> Art. 7:833 noopt immers nog steeds tot een stuksgewijze overdracht en levering van tot de onderneming behorende goederen en ‘overname’ van de verplichtingen. En het voortbestaan van de tussen de partners (nu: aandeelhouders) bestaande onderlinge regeling tot samenwerking zou dan afstuiten op het BV-statuuut, omdat de BV rechtspersoon (Boek 2) en niet samenwerkingsovereenkomst (Boek 7) is. Dat die denkwijze nog steeds wordt gevolgd is des te opmerkelijker nu de verschillen tussen PV en de flex-BV beduidend geringer en hun onderlinge verwantschap en dus ook rechtsvormgelijkheid sterker is geworden.

Dat bij zodanige voortzetting de onderlinge regeling tot samenwerking (‘ORTS’) blijft gelden en afdwingbaar is op grond van art. 2:8 BW,<sup>16</sup> is (nog) geen gemeengoed. De leemte werd opgevuld met aandeelhoudersovereenkomsten, maar omdat die niet als ‘partner’ maar *als aandeelhouder* worden aangegaan, worden die met achterdocht behandeld als een verdachte *side letter* bij de verplicht openbare statuten (die de *niet*-contractuele inslag van de BV volgen). De splitsing tussen AvA en bestuur blijft dan kunstmatig en regeling van onderlinge loyaliteits-, strevings- en onthoudingsverplichtingen (non-concurrentie, corporate opportunities!) en partiële ontbinding bij onoverbrugbare geschillen of opvolging passen daar conceptueel dan niet in.

Het nieuwe BV-recht geeft echter een aanzienlijke verruiming van mogelijkheden gestalte te geven aan een ORTS onder meer door introductie van aandelen zonder of met beperkte stem- en uitkeringsrechten (art. 2:190) en opschorting van rechten (art. 2:192 lid 1) bij verzuim alsmede het opleggen van ‘verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard (art. 2:193), jegens de BV of derden of tussen aandeelhouders onderling’ en het niet langer voldoen aan kwaliteitseisen (bijv de hoedanigheid van advocaat, notaris of NIVRA-accountant), een statutair verplicht aanbod van aandelen en opschorting van rechten (art. 2:195b). Veel van die nieuwe bepalingen geven nu regels van aanvullend recht. *Incorporation by reference* van een ORTS lijkt echter nog niet met zoveel woorden te worden toegestaan. Wij gaan daar

---

leerstukken als redelijkheid en billijkheid (art. 2:8), bestuursopdracht (art. 2:9 jo 2:139), aantasting van besluiten (art. 2:15/16) en het enquêterecht, plaatst dat de rechtspraktijk voor de vraag hoe daaraan invulling moet worden gegeven. De art. 14-16-acties staan ook anderen dan aandeelhouders (‘iedere belanghebbende’) ter beschikking en dat zou zelfs de persoonsgebonden BV ‘institutionaliseren’.

<sup>15</sup> In de Invoeringswet ‘flex-BV’ wordt het voorstel voor titel 7.13 gewijzigd in die zin dat een OVR zich ook kan omzetten in een NV (en omgekeerd).

<sup>16</sup> Zie Pitlo/Raaijmakers (2006), par. 3.6.

thans verder op in.

## 2. De DGA en de interne BV-organisatie

### 2.1 Organisatie van een eenmans-BV

Het vereiste dat een BV ‘als vennootschap’ door twee of meer personen moet worden opgericht is al geruime tijd vervallen (12<sup>e</sup> EU richtlijn), maar dat heeft niet geleid tot wijziging van de ‘verenigingsrechtelijke’ opzet van de BV met gescheiden organen (bestuur en AvA) en besluitvorming (bij meerderheid). Oprichting kan dus ook door één persoon geschieden. De gegevens van de DGA aan wie alle aandelen toebehoren worden ingeschreven in het handelsregister (art. 22 lid 1 sub a Hrb). De DGA oefent (als aandeelhouder) de AvA-rechten uit en documenteert de besluiten die hij in die hoedanigheid neemt. Ook contracten tussen zijn BV en hemzelf (buiten de normale gang van zaken) worden schriftelijk vastgelegd (artt. 4/5 1<sup>e</sup> EU richtlijn).

Een ‘aandeelhoudersbestuurde’ BV blijft echter, ook voor een eenmans-BV niet toegestaan, ook al is hier uiteraard geen behoefte aan een verenigingsrechtelijk ‘leden’-orgaan. Wel blijft, zoals reeds opgemerkt in par. 1.4, de DGA *als bestuurder*, minst genomen in theorie bloot staan aan aansprakelijkheid jegens de vennootschap ernstig verwijtbare tekortkomingen als bestuurder, ook al ontbreekt *de facto* een institutioneel, d.w.z. los van de persoon van de DGA opgevat ‘vennootschappelijk belang’ van de BV, zonder meer al niet een ‘verenigingsrechtelijk’ *gezamenlijk* vennootschappelijk belang *van de collectiviteit* van slechts door een afstandelijk gedacht in de BV deelnemende aandeelhouders. Dat neemt echter niet weg dat verzuim van wettelijke verplichtingen, zoals die in artt. 2:216 en 248, kunnen leiden tot *externe* aansprakelijkheid jegens direct in hun belang getroffen crediteuren. Dit soort regels geven in het BV-recht zelf een *specifieke* bescherming van *andere* belangen, in het bijzonder die van crediteuren, die echter – zie par. 3 – naar ons oordeel op andere wijze gestalte kunnen/moeten krijgen door aansluiting bij de algemene regels van privaatrecht en insolventierecht. Wij memoreren dat er hier geen behoefte is aan bescherming van andere aandeelhouders, want die zijn er niet.<sup>17</sup> Rekening en verantwoording aan ‘leden’ past evenmin, onverlet de administratieplicht en de in de EU (maar voor besloten ondernemingen in de VS afwezige<sup>18</sup>) verplichting tot publicatie van de jaarrekening. Art. 2:210 lid 3<sup>19</sup> vereenvoudigt echter de besluitvorming: de ondertekening van de jaarrekening geldt als de vaststelling daarvan en strekt tevens tot kwijting van de bestuurder.

De conceptueel afwezige idee van bestuurszelfstandigheid maakt dat art. 2:239 lid 4 (instructiebevoegdheid van de AvA moet in de statuten worden opgenomen) hier geen betekenis heeft nu de DGA zonder meer ‘full control’ heeft. Dat geldt ook voor de regels inzake vergaderingen van aandeelhouders en de regel dat die ‘*als vrucht van onderling overleg*’ tot stand komen. In een eenmans-BV en quasi-OV leiden die regels tot ‘papieren vergaderingen met zich zelf’ maar verzuimt kan naar huidig recht in faillissement niettemin tegen hen werken. Art. 2:238 BW laat echter toe statutair te voorzien dat besluitvorming *buiten* vergadering geschiedt, mits dan schriftelijk en

<sup>17</sup> De ‘agency’-problematiek en bestrijding van opportunistisch of deloyaal gedrag jegens medeaandeelhouders doet zich niet voor. Er is hier geen grond voor een functionele machtsverdeling en bestuursslagvaardigheid, omdat een ‘separation of ownership from control’ ontbreekt.

<sup>18</sup> Zie par. 16.20 Revised Model Business Corporation Act, het Close Corporation Supplement en de Uniform Limited Liability Corporation Act.

<sup>19</sup> Was voorzien in art. 2:238 lid 3, maar die bepaling wordt in de Invoeringswet (terecht) verplaatst naar art. 2:210 lid 3.



unaniem wordt besloten.

In een eenmans-BV kunnen de statuten dus zeer beperkt zijn. Tot dusver pleegt het gehele wettelijke regime in de statuten te worden opgenomen die dan ook openbaar worden gemaakt. Voor de interne organisatie heeft dat hier geen zin en 'extern', (ook in faillissement), kan het leiden tot verwarring over doel en strekking van die (onnodig) in de statuten opgenomen regels. Zie de wat duistere overweging van de Hoge Raad in Berghuizer Papierfabriek<sup>20</sup>: 'dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen kan gelden als een zwaarwegende omstandigheid bij de beoordeling of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt dat tot diens aansprakelijkheid kan leiden.'

Het is dan ook verheugend dat de MvT Invoeringswet (p. 4) hier klare taal spreekt: in de openbaar te maken statuten kan worden volstaan met 'de naam, zetel, het doel, het aandelenkapitaal en een regeling voor belet of ontstentenis van bestuurders (en, indien aanwezig, commissarissen).' De statuten kunnen volgens de minister 'derhalve een stuk korter en dus ook goedkoper zijn dan nu gebruikelijk is'.

## *2.2 Openbare statuten en niet openbare contractuele regelingen in een quasi-OV*

Die beperking van de dwingendrechtelijke inhoud van de openbaar te maken statuten is uiteraard ook van groot belang voor de vraag hoe DGA's die als partners samenwerken in een BV (quasi-OV) vorm en inhoud willen geven aan hun onderlinge regeling tot samenwerking. Kunnen ook zij onder het nieuwe BV-recht kiezen voor een zeer beperkte inhoud van de openbare statuten en hun onderlinge betrekkingen regelen bij wege van een niet openbare ORTS ('aandeelhoudersovereenkomst')? Geeft het nieuwe BV-recht daarvoor zelf een grondslag, ruimte en afdwingbaarheid? De oprichtingsakte bevat de statuten (art. 2:177 lid 1) en wordt openbaar gemaakt door deponering bij het handelsregister (art. 2:180). De eis van een ministeriële verklaring van geen bezwaar is vervallen, maar gebruikelijk is de gehele regeling en interne organisatie van de BV in de (openbaar te maken) statuten op te nemen: naam, zetel, doel, kapitaal, soorten aandelen, rechten en plichten van de houders daarvan, blokkeringsregeling, AvA-bevoegdheden, verdeling van bevoegdheden tussen AVA en bestuur, externe vertegenwoordiging, AvA-regelingen (oproeping, agenda, besluitvorming), jaarrekening, vaststelling en verdeling van de winst, ontbinding en vereffening et cetera.

Daar naast stond de ORTS waarin partners in een BV hun afspraken, intenties en motieven vast legden: afbakening van doel en werkterrein, financiering, afspraken hoe wordt geparticipeerd in kapitaaluitbreidingen of leningen, waarderingsgrondslagen, vaststelling en verdeling van de winst, dividend- en reserveringsbeleid, strategie en beleid, benoeming en ontslag bestuurders, handelwijze bij conflicts of interest en geschillen, opzegging, uittreding en uitstoting, de gronden waarop dat kan geschieden, de bepaling en betalingswijze van de exit-vergoeding, opvolging door erfgenamen of anderen, binding van dezen aan de ORTS en alle daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen, inbreng van arbeid, wijzigingen van de ORTS en de statuten, complete verbreking van de samenwerking en de vraag of, en zo ja, hoe partners alle aandelen kunnen verwerven ter voortzetting van de onderneming, fusie, splitsing en omzetting, geschiloplossing door arbitrage of mediation, non-concurrentiebedingen, verbod tot het stelen van corporate opportunities.

Bedoeling van de partners blijft: (a) de zeggenschap over de gezamenlijke onderneming in te bedden in de samenwerking, (b) te voorkomen dat controle-, stem-

---

<sup>20</sup> Zie noot 9.

en andere rechten worden uitgeoefend in strijd met die overeengekomen samenwerking, (c) te verzekeren dat de partners steeds bestuurder én aandeelhouder blijven en (d) te voorkomen dat dit wordt doorbroken *zonder* toepassing van de exit-regels, en (e) te verzekeren dat loyaliteits-, strevings- en onthoudingsverplichtingen tussen de partners en de BV worden nageleefd. Als ‘nevenafspraken’ werden die echter, gelet op art. 2:25a BW en de verplichte openbaarheid van de statuten, als ‘verdacht’ beschouwd en hun afdwingbaarheid in twijfel getrokken.

### 2.3 Openbare statuten en niet openbare ORTS in het nieuwe BV-recht

Het nieuwe BV-recht biedt DGA’s op vele plaatsen regelend recht (‘tenzij de statuten anders bepalen’) en dus ruimte voor maatwerk. De vraag is dan of, zoals elders<sup>21</sup>, die ruimte voor zelf gekozen regels voor de interne organisatie van de BV, stemafspraken en onderlinge verhoudingen tussen ‘partners’ ook anders dan *in de statuten* en niettemin rechtsgeldig en afdwingbaar kunnen worden vastgelegd? Opnieuw verwijzend naar de in dit verband zeer belangrijke MvT (p. 2-4) bij de Invoeringswet zijn wij geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden, al blijft er nog wel enige onduidelijkheid over de werking en handhaafbaarheid.

In de eerste plaats geldt ook voor de samenwerkings-BV dat de DGA-partners kunnen volstaan met de in 2.1. bedoelde minimuminhoud van de statuten. Meer behoeven zij niet in de statuten op te nemen en de regels ter bescherming van hun belang kunnen zij dan ook vastleggen in een afzonderlijke ORTS. ‘Incorporation by reference’ van die ORTS lijkt niet zonder meer toegestaan nu art. 2:192 spreekt over *statutaire* regelingen. Oogmerk van de wetgever is daarbij *toekomstige* aandeelhouders te beschermen: die moeten niet zonder meer kunnen worden gebonden aan de hen niet bekende ORTS. *Die* zorg lijkt hier echter misplaatst nu a) de DGA-partners zonder meer kunnen voorkomen dat een (willekeurige) derde aandelen verkrijgt zonder tevens toe te treden tot de ORTS, b) verkrijging te goeder trouw onder bijzondere titel door een derde reeds zonder meer niet denkbaar is gelet op diens onderzoeksplichten<sup>22</sup> en c) al zeker niet ingeval van een *kenbare* ‘incorporation by reference’ *in de statuten* (vgl art. 2:195 lid 3). Bij verkrijging onder algemene titel gaat voorts de *gehele* rechtspositie over op de verkrijger(s), dus ook de rechten en verplichtingen uit de ORTS *in zoverre die niet strikt aan de persoon van de eerdere houder waren verbonden*. De MvT nuanceert dan ook.

In de tweede plaats kan in de statuten, ook zonder dat de ORTS daarin zelf wordt opgenomen, worden bepaald dat niet-naleving van de ORTS-verplichtingen ‘wordt gesanctioneerd met de opschorting van aandeelhoudersrechten van de partijen bij de overeenkomst’ (MvT InvW, p. 4). Die opschorting wordt geregeld in de artt. 2:192 en 2:227 lid 3. Zij kan uitmonden in een exit en op die wijze, mits opgenomen in de statutaire overdrachtsplicht, biedt het ook de mogelijkheid tot ‘uitstoting’. Zodanige niet-nakoming lijkt ook te kwalificeren als gedragingen die het belang van de BV

---

<sup>21</sup> Vgl art. 2:227 lid2 Antilliaanse BW: ‘De aandeelhouders kunnen hun onderlinge verhouding en hun verhouding tot de vennootschap, daaronder begrepen de wijze waarop zij hun bevoegdheden als aandeelhouder zullen uitoefenen, nader regelen in een aandeelhoudersovereenkomst. De aandeelhoudersovereenkomst mag niet in strijd zijn met de wet of de statuten’. Een Amerikaanse Close Corporation en Limited Liability Corporation (LLC) kan zelf worden ingericht als ‘partnership’. Een LLC behoeft slechts het ‘memorandum of incorporation’ (kernegegevens) openbaar te maken, terwijl onderlinge regelingen van de ‘internal affairs’ in een apart *niet publiek* document worden vastgelegd.

<sup>22</sup> Wij hebben hier immers niet te maken met een beursonderneming met vrij verhandelbare aandelen waar verkrijgers geacht worden bekend te zijn met de krachtens het effectenrecht verplicht openbaar te maken rechten en plichten van beleggers. Zie in dit verband ook de regels van Blaauboer/Berlips en de artt. 3:83 jo 88 en artt. 6:251/252.

zodanig schaden of hebben geschaad dat tegen de betrokken partner krachtens art. 2:336 een actie kan worden ingesteld strekkende tot gedwongen overdracht van zijn aandelen.

In de derde plaats zal, zeker nu de wetgever deze ruimte voor eigen afspraken zelf en uitdrukkelijk biedt, de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:8 de grondslag bieden voor de handhaafbaarheid van de ORTS, ook ter aantasting van reeds genomen besluiten (art. 2:15 lid 1 onder b en voor zover de ORTS tevens als reglement kan worden aangemerkt ook lid 1 onder c). Ook in een enquêteprocedure kan de ORTS worden gehandhaafd, zo blijkt uit de OK-rechtspraak.<sup>23</sup> Zo ontstaat de figuur van de geïncorporeerde, ook contractueel gearde vennootschappelijke samenwerking die door art. 2:8 wordt geabsorbeerd<sup>24</sup> en maakt dat rechten en plichten van de partners in de ORTS inhoud geven aan hun positie *als aandeelhouder* en *als bestuurder* (ook loyaliteitsplichten en non-concurrentie).<sup>25</sup>

In de vierde plaats kan niet met vrucht worden tegengeworpen dat de aandeelhouder zijn stemrecht steeds in zijn ‘eigen belang’ kan (moet kunnen) uitoefenen op grond dat, zoals de Hoge Raad overwoog, het stemrecht, ‘niet een recht (is) dat (een aandeelhouder) in het belang van anderen is toevertrouwd, doch een eigen recht (..) om zijn belang in de vennootschap te dienen’. Hij heeft zich immers krachtens eigen bevoegdheid en in zijn eigen belang verbonden aan de ORTS. Tekortkoming strijdt dan niet slechts met de ORTS, maar in BV-rechtelijke zin ook met de doorwerking van art. 2:8, zodat ook de genoemde rechtsmiddelen open staan. Ongerijmd is dan de visie dat handelen in strijd met die afspraken weliswaar wanprestatie oplevert maar dat zulks, indien daarvan sprake is, een uitgebrachte stem in een AvA niet ongeldig maakt. Als A en B *bij meerderheid* besluiten tot ontslag van C zodat die zijn bestuursinkomen verliest en voor dividend afhankelijk wordt van A en B, *zonder* dat C een exit wordt geboden als voorzien in of voortvloeiend uit de ORTS, is dat besluit aantastbaar op grond van art. 2:15 lid 1 onder b wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die A en B jegens C ingevolge hun ORTS (en art. 2:8 BW) in acht hebben te nemen.<sup>26</sup>

In de vijfde plaats sluit die benadering ook aan bij de rechtens aanvaarde technieken tot vergrendeling van ‘beslotenheid’ door volledige blokkering van aandelen, zoals in de bekende Bootlieden-zaak.<sup>27</sup> In het nieuwe BV-recht kan overdracht voor zekere tijd geheel worden uitgesloten (art. 2:195 lid 3 ). Aldus kan het ‘aandeel’ worden ingepast in het bredere ook door de ORTS beheerste ‘lidmaatschap’ en de daarin belichaamde rechten en verplichtingen.

#### 2.4 Geschillen: wettelijke geschillenregeling, enquête en exit

Adequate regelingen voor geschilbeslechting en ‘exits’ zijn in persoonsgebonden BV’s cruciaal. Voor de positie van de DGA in een eenmans-BV is een geschillenregeling uiteraard niet erg relevant; zijn primaire zorg is een goede regeling

<sup>23</sup> Hof Amsterdam (OK) 20 mei 1999, NJ 2000, 199 (Cromwild/Versatel).

<sup>24</sup> Zie Pitlo/Raaijmakers (2006), par. 3.6.

<sup>25</sup> Een concurrerende partner kan zich niet disculperen met de mededeling dat hij niet handelde als vennoot maar slechts als ‘aandeelhouder-belegger’ of, in de woorden van het Uniwest-arrest, buiten ‘de sfeer van de rechtspersoon’ en niet in zijn ‘rechtsbetrekking als aandeelhouder tot (de BV)’. Regeling is gewenst hetzij bij overeenkomst, hetzij in de statuten om op voorhand conflicten te vermijden, ook na uittreden (en ontvangst van de waarde waarin rekening is gehouden met de goodwill). Werd niets afgesproken, dan dient de Koghee-regel in beginsel ook hier te gelden (Vgl HR in Ramp/Lensen).

<sup>26</sup> Zie HR 31 mei 1996, NJ 1996,694 (Lampe/Videoworks), AA 997,220 m.nt. Raaijmakers

<sup>27</sup> HR 31 december 1993, RvdW 1994,22, NJ 1994, 436 (Van den Berge/Verenigde Bootlieden B.V.), AA 1994, p. 663-669 m.nt. Raaijmakers.

voor zijn opvolging of een overdracht van zijn onderneming. Voor de DGA's in een persoonsgebonden samenwerkings-BV is dat anders. Ernstige conflicten leiden daar welhaast per definitie tot een 'duurzame ontwrichting' en (partiële) beëindiging van hun samenwerking, maar niet tot ontbinding van de BV zelf (zie echter art. 2:356). Adequate 'divorce'-regelingen zijn daarom van eminent belang. Het gaat om twee kernvragen: a) hoe en op welke gronden *rechtens* (partiële) beëindiging van de samenwerking (kan) worden vastgesteld en b) hoe, als dat gebeurd is, de exit-vergoeding (voor de uittreedende DGA-partner) wordt bepaald. De huidige geschillenregeling biedt zowel een actie tot 'uitstoting' als tot 'uitkoop',<sup>28</sup> maar die wordt wegens haar complexiteit, kosten en doorlooptijd weinig toegepast.<sup>29</sup> Met het enquêterecht kan, zo blijkt, een impasse worden doorbroken, maar dat blijft 'institutioneel' van aard (wanbeleid *rechtspersoon*), leidt tot slechts 'tijdelijke' art. 2:356-voorzieningen en regelt niet zelf de 'exit', zodat het in enquête vooral gaat om de onder a) bedoelde vaststelling. Een uitkoopactie (art. 2:201a) vergt bezit van 95% en stuit af ingeval van contractuele binding. Ook een complexe fusie- of 'uitzak'-operatie kan het effect van een duurzame ontwrichting wel inkapselen, maar niet ten principale oplossen. De wettelijke regelingen en hun onderlinge verhouding blijven complex, maar het nieuwe recht lijkt – mede gelet op de MvT bij de Invoeringswet – meer ruimte te bieden voor ex ante regelingen van partners voor later opkomende geschillen. Maar ook hier blijven er nog lastige vragen over de samenhang tussen statutaire en contractuele regelingen.

Wij nemen eerst, met verwijzing naar het bovenstaande, het stelsel van art. 2:192 dat reeds op zich toelaat een verbinding te leggen tussen bezit van aandelen en de daaraan verbonden (contractuele) verbintenissen tot samenwerking en kwaliteitseisen (lid 1), de beoordeling daarvan door een orgaan (AvA of bestuur) (lid 2), opschorting van rechten van de wanpresterende partner (lid 4) en gedwongen overdracht door de BV die daartoe onherroepelijk kan worden gemachtigd (lid 5) met bepaling van de exit-prijs (lid 3: 'gelijk aan de waarde van zijn aandeel of aandelen, vastgesteld door een of meer deskundigen').<sup>30</sup> Art. 2:192 geeft voor *uitstoting* daarmee zowel een regel voor de grondslag als voor de exit-prijs. De dispositieve regeling van art. 2:195 staat daaraan niet in de weg, ook niet als de aandelen (tijdelijk) *niet* overdraagbaar zijn (lid 3) nu de beslotenheid ook dan gewaarborgd blijft. Het probleem dat een DGA wiens *aandeelhouders*-rechten zijn opgeschort desniettemin nog schade kan toebrengen door *als bestuurder* 'onbehoorlijk' te handelen, kan worden opgelost door de betrokken bestuurder tijdelijk te schorsen of definitief te ontslaan indien de ontwrichting een duurzaam karakter heeft. Een enquêteverzoek tot het treffen van ordemaatregelen is dan niet nodig. In 50/50-verhoudingen is dat lastiger. (Denkbaar is in de wettelijke geschillenregeling het treffen van ordemaatregelen verder uit te bouwen<sup>31</sup>). Nu vormgeving van een geschillenregeling een *interne* aangelegenheid is, kan die, als

<sup>28</sup> *Uitstoting* (art. 2:336 BW) kan worden gevorderd door een of meer aandeelhouders (niet de BV zelf!) die ten minste 1/3 deel van het kapitaal verschaffen van een aandeelhouder 'die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat het voortbestaan van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld'. *Uitkooprecht* (art. 2:343 BW): een aandeelhouder 'die door gedragingen van een of meer medeaandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd' kan vorderen dat zijn medeaandeelhouders hem uitkopen (art. 2:343 BW).

<sup>29</sup> Vgl Pitlo/Raaijmakers (2006), par 7.3.4 over die samenloopproblemen.

<sup>30</sup> Art. 2:192 handelt over een niet aan z'n samenwerking gebonden aandeelhouder, waarbij men dan dus wel alert moet zijn op de vraag hoe hij in die situatie terecht is gekomen.

<sup>31</sup> Dat zou conceptueel passen bij artt. 2:338 lid 2 (voorlopige voorziening) en 2:343 lid 4 (invloed van benadelende gedragingen).

besproken, (ook) in de ORTS worden opgenomen en op basis daarvan in rechte worden afgedwongen, ook met een rechtstreekse gang naar de OK of (!) onderwerping aan arbitrage (art. 2:337 lid 2). Die vrijheid stelt art. 2:337 duidelijk voorop<sup>32</sup>. Blijft echter nog het *recht van uitkoop* van een ‘beklemde’ aandeelhouder door zijn mede-aandeelhouders, die zijn verlangen geen kracht kan bijzetten met een meerderheidsbesluit. Art. 2:343 e.v. geeft daarvoor een complexe regeling, die een enquêteprocedure (gericht op vaststelling van de ‘duurzame ontwrichting’) niet uitsluit. Specifieke exit-rechten zijn intussen uitgebreid tot een reeks vennootschappelijke reorganisaties (omzetting, fusie, internationale fusie, splitsing), die reeds *per se* (of afhankelijk van tegenstem), d.w.z. zonder dat ‘beklemdheid’ moet worden gesteld/bewezen, grond geven voor het recht op uitkoop waarbij de exit-prijs afzonderlijk wordt bepaald (‘appraisal’).<sup>33</sup> Die methode verdient aandacht bij nadere herziening van geschillenregeling en het enquêterecht: de *grondslag* voor een exit kan verschillen, de bepaling van de exit-vergoeding kan vrijwel uniform worden vastgelegd (zoals de appraisal-procedure in de RMBCA dat doet<sup>34</sup>). Partners in een ORTS gaan een ‘open ended’ samenwerking aan waarbinnen later zowel de meerderheid als de minderheid opportunistisch en deloyaal gedrag kan vertonen, maar in de dynamiek van hun onderneming ook reorganisaties noodzakelijk of wenselijk kunnen worden. Eigen weldoordachte regelingen voor uitstoting, recht van uitkoop bij ‘beklemdheid’ en toekomstige reorganisaties, verschillen conceptueel niet van die welke in een personenvennootschap nodig zijn, maar daar de vorm hebben van ‘opzegging’. O.i. biedt art. 2:337 daartoe de mogelijkheid. Van groot belang is daarbij dat de ORTS blijkens lid 2 kan voorzien in *arbitrage* (wat ook onmiddellijke voorzieningen mogelijk maakt: artt. 37/38 NAI-reglement).

### 3. Vermogensbescherming voor aandeelhouders en crediteuren

Conceptueel hebben zowel (op afstand staande) aandeelhouders als crediteuren belang bij bescherming van het BV-vermogen tegen opportunistisch gedrag van bestuurders. Voor aandeelhouders is het gevaar dat vermogen wordt onttrokken ten nadele van de (intrinsieke) waarde van hun aandelen en de uitkeerbare winst en reserves, voor crediteuren dat onrechtmatig/Paulianeus verhaalsvermogen wordt verminderd. De kern van de problematiek wordt, gegeven de asymmetrie van informatie, gevormd door de mededelings- en informatieregels van bestuur, aandeelhouders en crediteuren en het gebruik van bestuursmacht. De regels ter bescherming van de belangen van aandeelhouders en crediteuren zijn dooreen gaan lopen en niet nauwkeurig naar doel en strekking onderscheiden. Het nieuwe BV-recht brengt een aantal verbeteringen, andere inconsistenties blijven vooralsnog bestaan.

#### 3.1. Administratieplicht en jaarrekening: interne en externe betekenis

De kennis omtrent de gang van zaken van de BV en de handelingen van haar bestuur begint met een deugdelijke administratie. Zoals iedere *natuurlijke* persoon-ondernemer (art. 3:15i/j) en vennootschap (art. 7:814), is ook (het bestuur van) een BV verplicht *als rechtspersoon* (art. 2:10) een administratie te voeren, jaarlijks een balans

<sup>32</sup> Zij het dat de uitdrukking ‘geschillen *als in deze afdeling bedoeld*’ de semantische vraag oproept of daarin ook een art. 2:192-regeling begrepen is. Dat lijkt o.i. geen twijfel

<sup>33</sup> Zie: artt. 2:72, 181 lid 3, 326 onder d, 330a lid 1, 334y onder d, 334ee1 lid 1.

<sup>34</sup> Zie daarover: M.J.G.C. Raaijmakers, Uitstoting minderheid na gestanddoening van een openbaar overnamebod: inspiratie uit Nederland? In: Hans de Wulf en Christoph van der Elst (red.), *De Belgische overnamewetgeving na de hervorming van 2007*, p. 377-410.

en een staat van baten en lasten op te maken en de daarop betrekking hebbende boeken en bescheiden te bewaren. Art. 52 AWR verplicht tot een fiscale administratie.

Die administratie heeft verschillende functies. Ten eerste is zij onontbeerlijk voor de DGA zelf om de prestatieontwikkelingen te kunnen meten, de financieringsbehoefte en -middelen te kunnen bepalen en ook de uitkeerbare winst/reserves te kunnen vaststellen. Ten tweede is zij nodig om te kunnen voldoen aan wettelijke/contractuele periodieke en tussentijdse informatieverplichtingen jegens de fiscus, overheid als verlener van vergunningen, huisbank, kredietverstrekkers, opdrachtgevers en anderen. (NB: de DGA is vaak hoofdelijk medeverbonden voor BV-verplichtingen). Ten derde vormt zij de grondslag voor het opmaken van de jaarrekening waarmee het bestuur intern rekening en verantwoording aflegt aan aandeelhouders (AvA). Ten vierde is die tevens de grondslag voor de in de EU wettelijk vereiste specifieke jaarrekening en verslag, op te maken volgens de wet (titel 2.9) en te controleren door een externe accountant. Die jaarstukken dienen in de EU (anders dan in de VS<sup>35</sup>) niet slechts tot het doen van rekening en verantwoording aan aandeelhouders, maar worden tevens openbaar gemaakt (art. 2:394) met vrijstellingen voor kleine en middelgrote BV's (artt. 2:396/2:397). Die *publicatieplicht* is een geformaliseerde informatieplicht die (potentiële) schuldeisers beoogt te beschermen. Voor de eenmans-BV is het een zuivere disclosure-plicht omdat de ratio van rekening en verantwoording (aan zichzelf?!) ontbreekt.

Die publicatieplicht is een van de pijlers waarop de exclusieve aansprakelijkheid van BV's berust. De fictie van 4<sup>e</sup> en 7<sup>e</sup> EU-richtlijn is dat derden door raadpleging van de jaarstukken in het handelsregister de liquiditeit en solvabiliteit en ook het risico van het aangaan van een transactie met de BV als debitrice kunnen beoordelen. Art. 2:248 lid 2 gaat verder door verzuim te sanctioneren met hoofdelijke aansprakelijkheid voor het boedeltekort in faillissement (zelfs als crediteuren aantoonbaar zich zelf op andere en betere wijze van informatie hebben voorzien). Het past alles in de institutionele opvatting: de jaarrekening is niet uitsluitend een intern verantwoordings- maar ook een disclosure-document ter bescherming van 'het maatschappelijk verkeer' en crediteuren, ook al is de effectiviteit twijfelachtig nu de gepubliceerde jaarstukken (mede gelet op de uitstelmogelijkheden) niet meer dan een verouderde momentopname bieden.

Een actueel inzicht biedt die echter niet en daarom vallen wij hier terug op klassieke vragen van mededelings- en informatieplichten, zowel aan de zijde van het bestuur van de BV als van crediteuren die zich zelf op de hoogte dienen te stellen, al dan niet met hulp van de diensten van professionele kreditebeoordelaars. Voor een aantal gevallen geeft de wet specifieke regels.

### 3.2 *Uitkeringen en andere onttrekkingen aan aandeelhouders; algemeen*

De DGA heeft, als hiervoor opgemerkt, belang bij instandhouding van zijn 'eigendommelijke' belang in zijn eenmans- of samenwerkings-BV. Dat belang omvat zijn initiële investering, vermeerderd met de uit de resultaten gevormde reserves en de gevormde goodwill welke laatste tot uitdrukking komt in zijn privé-balans en pas wordt gerealiseerd op het moment van overdracht (aan een opvolger, partner of een derde).<sup>36</sup> Ook 'op afstand staande' aandeelhouders hebben, als die er zijn, belang bij

<sup>35</sup> In de VS ontbreekt dat stelsel: *alleen beurs-NV's zijn jegens de markt en de beleggers in effecten* verplicht tot disclosure van jaarlijkse en tussentijdse gegevens. Zie noot 19.

<sup>36</sup> Die problematiek is niet wezenlijk anders in een personenvennootschap gezien het bestaan van een gebonden gemeenschap. Zie HR 12 oktober 2001, *RvdW* 2002, 6, AA 2002, 819 m.nt. Raaijmakers.

behoud van die waarde van hun aandeel, zeker als afspraken gelden om voor zekere tijd of tot bepaalde ratio's zijn bereikt, winst in te houden om het eigen vermogen te versterken.

De DGA zal zijn belang niet uitsluitend als oudedagsreserve zien, maar tussentijds ook bestuursinkomen en uitkeringen uit winst en reserves willen kunnen genieten. Zijn positie *als bestuurder* stelt hem in staat om te beschikken over middelen van de BV, ook te eigen gunste en ook ten nadele van andere aandeelhouders of schuldeisers.<sup>37</sup> In eenmans-BV ontbreken zodanige aandeelhouders. In een samenwerkings-BV geldt de ORTS, die zal (dienen te) voorzien in adequate interne besluitvorming en externe vertegenwoordigingsregels om zelfbevoordeling te voorkomen, alsook in disclosure jegens de partners. Zijn er 'op afstand staande' aandeelhouders, dan dient hun belang te worden gerespecteerd door inachtneming van hun wettelijke bescherming (vgl Sluis BV<sup>38</sup>). Jegens crediteuren geldt als hoofdbeginsel de 'Beklamel-norm': de DGA gaat geen verplichtingen aan ten name van de BV als voorzienbaar is dat deze die verplichtingen niet zal kunnen nakomen. Wij onderscheiden: a) formele dividenduitkering (art. 2:216); b) verkapte uitkering aan de DGA in de vorm van een lening op niet zakelijke condities; c) een verkapte uitkering aan de DGA door verkoop van activa door de BV aan de DGA of vice versa op niet zakelijke condities en d) andere onttrekkingen van kasmiddelen en/of activa uit het vermogen van de BV ten gunste van de DGA (direct of indirect). De wet regelt slechts de formele uitkering van dividend. Art. 2:216 ziet alleen op de eerste categorie, niet op andere verkapte uitkeringen. Zie ook hierna 3.5-7.

### 3.3 Dividenduitkeringen aan DGA (huidig recht)

Ingevolge het huidige art. 2:216 lid 1 komt de winst aan de aandeelhouders ten goede, voor zover in de statuten niet anders is bepaald. Aandeelhouders hebben recht op uitkering van de gerealiseerde winst zoals die uit de vastgestelde jaarrekening blijkt. Als niet anders is bepaald, krijgt de aandeelhouder aldus een opeisbare vordering tot uitkering van de jaarwinst. Als de statuten, mogelijk aangevuld met contractuele afspraken, voorzien in toevoeging van (een deel van) de winst aan de reserves, bindt die in de regel ook de DGA (Chipshol<sup>39</sup>). De DGA kan, omgekeerd, niet met een beroep op het belang van de BV categorisch weigeren dividend uit te keren aan niet bij het bestuur betrokken aandeelhouders of met dat doel weigeren een reserve op te heffen als de financiële positie van de BV zich daartegen niet verzet en de grond voor die reserve is vervallen.<sup>40</sup> Bij de eenmans-BV speelt dit niet. De DGA beslist hier

---

<sup>37</sup> Aspirant-aandeelhouders dienen zichzelf te beschermen door het verrichten van een due diligenceonderzoek en het bedingen van daartoe strekkende garanties ten einde te voorkomen dat de verkoper de waarde van de onderneming gunstiger voorstelt dan die in werkelijkheid is. Zie M. Brink, *Due diligence*, Boom, 2009. Ook toekomstige crediteuren hebben ons inziens geen rechtens te beschermen belang bij de instandhouding van het vermogen van de onderneming.

<sup>38</sup> Zie HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 5 (Sluis BV), AA 1991, 83 m.nt. Raaijmakers.

<sup>39</sup> Zie HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 345 (Chipshol), waarin werd aangenomen dat het bestuur onder omstandigheden gehouden kan zijn om vennootschapsrechtelijk mee te werken aan de nakoming van een bestaande aandeelhoudersovereenkomst op straffe van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Een dergelijke gedachtegang ligt ook ten grondslag aan het arrest van de Hoge Raad inzake Willemsen/NOM, waarbij schending door het bestuur van statutaire regels die juist met het oog op de belangen van een van de aandeelhouders in de statuten zijn opgenomen, jegens die aandeelhouder een rechtstreekse onrechtmatige daad kan opleveren: HR 20 juni 2008, *JOR* 2008, 260 (Willemsen/NOM).

<sup>40</sup> Zie HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 5 (Sluis BV), AA 1991, 83 m.nt. Raaijmakers, waarin de weigering van de algemene vergadering die bestond uit twee familiestaken met ieder een 50%-belang, om geen besluit tot opheffing van de statutaire reserveringsbepaling werd gekwalificeerd als wanbeleid, omdat daardoor zonder economische noodzaak aandeelhouders recht op dividend werd onthouden. Gezien de

naar eigen inzicht over uitkering en winstbestemming<sup>41</sup> binnen de ruimte die 2:216 lid 2 biedt. Een daarmee strijdige uitkering is onverschuldigd betaald en kan namens de BV worden teruggevorderd. Ook kan die onder omstandigheden als ‘onbehoorlijk bestuur’ worden aangemerkt en grond vormen voor een actie op grond van art. 2:9 ingesteld door de curator in het faillissement van de BV.

Staat de DGA tegenover een meerderheid in de AvA die aandringt op uitkeringen, dan zal hij conform vaste rechtspraak moeten waken voor de belangen van bestaande crediteuren ‘en anderen die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen’, ook al wordt aan alle formele vennootschapsrechtelijke eisen voldaan. Heeft de uitkering tot effect dat aandeelhouders als verschaffers van risicodragend vermogen boven de concurrente schuldeisers zijn geplaatst, dan kan dit een actie geven tegen de DGA op grond van onrechtmatige uitkering van dividend.<sup>42</sup> Een restitutievordering tegen een aandeelhouder heeft slechts kans als die doorslaggevende zeggenschap had.<sup>43</sup>

Dat hij enig aandeelhouder/bestuurder is, in een samenwerkings-BV ‘joint control’ uitoefent dan wel de instructies van AvA moet volgen,<sup>44</sup> ontnemt de DGA niet zijn eigen verantwoordelijkheid als bestuurder. In faillissement zal de curator wel moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de dividenduitkering *alle* crediteuren heeft benadeeld (nu hij niet *namens een groep* van individuele crediteuren kan ageren op grond van onrechtmatige daad<sup>45</sup>). Ageert hij namens de boedel echter op grond van art. 2:9, dan ligt het in de rede dat de DGA die vordering *van de BV* kan verrekenen met een eigen vordering op de BV uit hoofde van zijn functie als bestuurder.<sup>46</sup>

### 3.4 Het nieuwe art. 2:216

Het nieuwe bij het amendement Irrgang<sup>47</sup> gewijzigde art. 2:216 reflecteert duidelijk de instituutsidee door de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor ‘onterechte’

---

algemeenheid van die regel zal ook op de DGA verplichting rusten mee te werken om een dergelijke ‘ongewenste’ toestand te beëindigen. Zie hierover Harm-Jan de Kluiver, ‘Noodzaakfinanciering en de rol van de rechter’, in: G. van Solinge e.a., *De financiering van de onderneming*, serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 88, Deventer: Kluwer 2006, p. 31 e.v..

<sup>41</sup> In theorie kan het voorkomen dat de DGA functioneert binnen een overgenomen BV waarvan de statuten nog niet zijn aangepast. Aan deze statutaire regeling is de DGA dan vooralsnog gehouden gezien HR 16 juni 1994, *NJ* 1994, 443 (Merito), doch niets staat er in de weg de statuten met het oog op de gewenste regeling van de uitkering van dividend aan te passen.

<sup>42</sup> Zie HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (Reinders/Didam).

<sup>43</sup> Zie HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox/Auditrade).

<sup>44</sup> Vlg. art. 2:239 lid 4 BW alsmede HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271, AA 1993, 275 m.nt.

Raaijmakers (Meijers/Mast Holding) en Rb Den Bosch 11 maart 1983, *NJ* 1984, 394 (Kuiken Brabant).

<sup>45</sup> Zie HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597 (Peeters/Gatzen q.q.) en HR 16 september 2005, *JOR* 2006/52 (De Bont/Bannenbergh q.q.).

<sup>46</sup> Zie HR 18 september 2009, *JOR* 2010/29 (Simaco).

<sup>47</sup> Amendement Irrgang, Kalma en Weekers, Kamerstukken TK 31 058, nr. 15. Het institutionele karakter blijkt duidelijk uit de toelichting: ‘Ook zijn de crediteuren van de vennootschap meer gebaat bij een regeling die beoogt benadelende uitkeringen te voorkomen, dan bij mogelijk aansprakelijkstelling van aandeelhouders nadat het is misgegaan. *De aandeelhouder mag het eigen belang voorop stellen, de bestuurder moet het belang van de vennootschap voor ogen houden. Het is dus de taak van het bestuur het uitkeringsbesluit te toetsen aan het belang van de vennootschap en zich te onthouden van medewerking aan de uitvoering van een besluit dat met het belang van de vennootschap in strijd is.* Bestuurders kunnen het beste beoordelen of de financiële positie een bepaalde uitkering al dan niet toelaat, zij moeten dan ook weerstand kunnen bieden tegen aandeelhouders die een waarschuwing van het bestuur negeren en besluiten tot de uitkering. Om bestuurders meer houvast te geven moet dit uitdrukkelijk in de wet worden vastgelegd. Dit amendement zorgt er voor dat het bestuur het dividendbesluit moet goedkeuren, zoals in het wetsvoorstel was geregeld na de eerste nota van wijziging.’ (curs. R/vdS).



uitkeringen te verschuiven van aandeelhouders naar *het bestuur*. Een AvA-besluit tot uitkering ‘heeft geen gevolg zolang het geen bestuur geen goedkeuring heeft verleend’. Ontbreekt dat goedkeuringsbesluit dan heeft een uitkering geen gevolg. Het dividend is net als thans onverschuldigd betaald, de vertegenwoordigingshandeling van het bestuur ten spijt. Het bestuur weigert die vereiste goedkeuring slechts ‘indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden.’ (lid 2). Aandeelhouders zijn slechts gehouden tot terugbetaling indien zij – kort gezegd – niet te goeder trouw waren (lid 3) bij ontvangst van de uitkeringen. Bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het door uitkering ontstane tekort, indien zij ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de BV niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden (lid 3). Een bestuurder kan zich disculperen door te bewijzen ‘dat het niet aan hem te wijten is dat de BV de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.’

In het nieuwe stelsel dient het bestuur een uitkering dus steeds vooraf goed te keuren en wil het gevrijwaard zijn van aansprakelijkheid, dan zal het aan een zodanig besluit ook steeds aantoonbaar en gedocumenteerd een eigen onderzoek ten grondslag moeten leggen of de BV ook na de uitkering zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van het betalen van haar opeisbare schulden. De vraag rijst of en hoe zij op andere wijze gevrijwaard of gedechargeerd kunnen worden. Wij stellen voorop dat een beoordeling, gelet op de gestelde norm, vrijwel per definitie steeds plaats vindt *in faillissement*, immers *nadat* de BV is gebleken niet meer tot betaling in staat te zijn tot betaling en bijgevolg is opgehouden te betalen.

In een eenmans-BV kan de DGA aldus ook *als bestuurder* aansprakelijk worden gesteld op grond dat hij q.q. verzuimd heeft een goedkeuringsbesluit te nemen, dan wel dit te hebben gedaan in de wetenschap dat opeisbare schulden niet meer zullen kunnen worden voldaan en niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen daarvan af te wenden. Hij zal het goedkeuringbesluit moeten baseren op objectieve, ‘harde’, goede gedocumenteerde en achteraf verifieerbare informatie.<sup>48</sup> Hij zal zich willen ‘indekken’ door een verklaring van een deskundige (accountant), wat leidt tot verhoging van administratieve lasten en kosten, nog daargelaten of hij blind mag varen op diens oordeel. De MvT lijkt daarvan uit te gaan, maar een curator is daar uiteraard niet aan gebonden. Van belang is dat die beoordeling per definitie *achteraf* plaats vindt met het gevaar derhalve van ‘hindsight bias’. Dat leidt – nu in dit kader – opnieuw tot de bekende ‘peildatum’-problematiek. De instituutsidee leidt hier tot een anomalie: verzuim in interne besluitvorming strekt niet tot bescherming van aandeelhouders,<sup>49</sup> maar ‘extern’ van crediteuren. Dat is niet nodig, want een individuele crediteur of de curator namens de gezamenlijke crediteuren moet aantonen dat een dividenduitkering tot hun nadeel hun verhaalspositie heeft aangetast, wat er ook intern is gebeurd.

Het stelsel lijkt niet consistent doordacht. Nu uitkering normaliter geschiedt op basis

---

<sup>48</sup> Het uitgangspunt van de wetgever dat het bestuur in alle gevallen het best geëquipeerd is om een dergelijke beoordeling te maken, lijkt minst genomen voor concernverhoudingen onjuist en voor besloten samenwerkings-BV de invloed en deskundigheid van ‘meewerkende’ aandeelhouders zonder meer buiten beschouwing te laten. Net als de financierende huisbank zijn financierende aandeelhouders zeer wel in staat een dergelijk afweging te maken en zelfs beter daartoe in staat, hetgeen de opkomst van venture capital en private equity bewijst.

<sup>49</sup> Voor zover een uitkering van dividend zou leiden tot benadeling van minderheidsaandeelhouders schiet de regeling zijn doel zonder meer voorbij: een aansprakelijkheid van bestuurders lijkt hier niet de gepaste reactie maar een herverdeling van het uitgekeerde dividend

van de op going concernbasis opgemaakte en vervolgens vastgestelde jaarrekening (met bijbehorende accountantsverklaring) en uit de daaruit blijkende winst, lijkt – in elk geval voor die gebruikelijke gang van zaken – de basis aan een art. 2:216-actie te ontvallen. Zie immers het nieuwe art. 2:210 lid 3: ondertekent de DGA de jaarrekening, dan is die daarmee vastgesteld en *is* hij gedechargeerd. Ook indien de DGA *als bestuurder* bij het besluit tot goedkeuring een vrijwaring of afzonderlijke kwijting bedingt, kan hij zulks in een art. 2:216-actie van de BV zelf aan haar tegenwerpen.

In een samenwerking-BV is dat alles niet anders, zij het dat op bestuursniveau over het vereiste goedkeuringsbesluit verschil van inzicht kan ontstaan. Hoe een (bange) DGA dan ter voorkoming van aansprakelijkheid moet handelen, laat de parlementaire geschiedenis onbeantwoord. Volstaat het dat hij ‘on record’ is met een voorbehoud of formeel protest? Kan/moet hij aanvullende ‘expert opinions’ verlangen? Is sprake van verslechterende verhoudingen, dan moeten die vragen ook worden geplaatst tegen de achtergrond van tactische dossiervorming in het zicht van een vertrouwensbreuk. Dan zijn wij weer op het terrein van de hiervoor besproken regeling van geschillen. Het huidige stelsel verdient de voorkeur: los van enig intern besluit wordt getoetst of, gegeven een going concern beoordeling, een uitkering de facto de verhaalspositie van reeds *bestaande* crediteuren aantast, d.w.z. of ten tijde van de uitkering het vermogen toereikend is om de dan opeisbare schulden te voldoen. Voor het aangaan van nieuwe verplichtingen geldt steeds de Beklamel-norm en ook (!) een eigen informatieplicht van de crediteuren.

### 3.5 Tegenstrijdig belang: stand van zaken

Als een dividenduitkering wordt belemmerd, kan de verleiding ontstaan art. 2:216 te omzeilen door middel van transacties die de DGA bevoordelen. De artt. 2:207 en 207c bevatten daarom eenzelfde toets als art 2:216. De DGA heeft echter ook andere mogelijkheden om met gebruik van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid namens de vennootschap voor hem of anderen voordelige transacties te verrichten ten nadele van andere aandeelhouders en/of crediteuren. Het huidige art. 2:256 BW biedt twee mogelijke acties: a) wegens onbehoorlijk bestuur door ondanks zijn tegenstrijdig belang de rechtshandeling te hebben verricht en b) een beroep door de BV of haar curator in faillissement op niet gebondenheid van de BV aan de onderwerpelijke in haar naam aangegane overeenkomst. Zowel de interne werking als de externe gevolgen leiden thans tot problemen, al zijn de externe gevolgen in belangrijke mate gemitigeerd nu de Hoge Raad in dat opzicht is ‘omgegaan’<sup>50</sup> in Bruil/Kombex, Nieuwe Steen en de Bovast-arresten: met name in faillissement kan de curator niet zonder meer een beroep doen op art. 2:256 BW.<sup>51</sup> Hij zal niet slechts moeten stellen en bewijzen dat sprake is van een tegenstrijdig belang doordat de bestuurder zijn privébelang en het belang van de BV niet duidelijk gescheiden heeft (gehouden), maar ook dat het verrichten van de gewraakte transactie leidt tot concrete benadeling van de BV. Bovendien oordeelde de Hoge Raad dat ingeval een bestuurder zowel in

<sup>50</sup> Vgl G.J.H. van der Sangen, ‘Tegenstrijdigbelangperikelen: the saga continues?’, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2010-2 met literatuurverwijzingen.

<sup>51</sup> HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420 (Bruil/Kombex), HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297 (Nieuwe Steen Investments) en HR 9 oktober 2009, *JOR* 2009/285 (Rosenberg Polak q.q./BoVe Holding) en HR 9 oktober 2009, *JOR* 2009/286 (Bovast Beleggingen/Rosenberg Polak q.q.). Zie voorts voor Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 27 januari 2009, *JOR* 2010/1 (Café Bar Carribean/Licores Maduro), Rb Arnhem 20 mei 2009, *JOR* 2010/6 (Kessels q.q./Mulder c.s.) en Hof Leeuwarden 3 november 2009, *JOR* 2010/7 (Vamont) voor toepassing van het Bruil Kombex-criterium.

de verkopende als in een kopende BV doorslaggevende zeggenschap heeft (wat lijkt op in concern gelieerde vennootschappen onder controle van dezelfde natuurlijke persoon of personen, er in beginsel sprake is van parallel lopende en niet van tegenstrijdige belangen. Blijkens Bruil/Kombex volstaat hier niet langer een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang voor toepassing van art. 2:256 BW.<sup>52</sup> Constateert de curator een tegenstrijdig belang, dan moet hij onderzoeken of de bestuurder toch bevoegd bleef tot vertegenwoordiging doordat art. 2:256 'in de statuten' is weggeschreven, dan wel de AvA de bestuurder heeft aangewezen<sup>53</sup> dan wel diens handelen achteraf heeft bekrachtigd (waarvoor in beginsel een expliciet AvA-besluit is vereist).<sup>54</sup>

In een eenmans- en samenwerkings-BV geeft dit geen bijzondere problemen, temeer niet nu blijkens de Bovast-arresten<sup>55</sup> ook uit de omstandigheden kan worden afgeleid dat alle aandeelhouders met de aanwijzing of bekrachtiging hebben ingestemd en daarmee de tegenstrijdig belangtransactie gedekt is. Die lijn bevestigt dat de curator in faillissement zich dient te richten op concrete benadeling van de gezamenlijke crediteuren en niet kan volstaan met een beroep op verzuim van interne organisatieregels. Een generieke benadeling van alle crediteuren in het faillissement is ook hoogst uitzonderlijk omdat de crediteuren wier vordering ontstond na de litigieuze transacties daardoor niet in hun verhaalspositie kunnen zijn benadeeld.<sup>56</sup> Een laatste toets is of de derde op de hoogte was of moest zijn van het tegenstrijdig belang.<sup>57</sup> Slechts als die wist dat het tegenstrijdig belang niet gedekt was door het wegschrijven daarvan in de statuten, moet hij zich informeren of de AvA besloot tot aanwijzing maar hoeft hij daarvan niet de geldigheid te toetsen.

Zo heeft de lijn van de Hoge Raad de mogelijkheden (van de curator) om transacties te vernietiging wegens een tegenstrijdig belang belangrijk ingeperkt, vooral door de eis dat de curator een concrete benadeling aannemelijk moet maken. Die zal zich dus weer moeten richten op aantasting van transacties op grond van de Pauliana dan wel onrechtmatige daad ter zake van onrechtmatige vermogensonttrekking. Een beroep op art. 2:248 vergt bewijs dat de tegenstrijdig belangtransactie een belangrijke oorzaak was van het faillissement.

### *3.6 De nieuwe tegenstrijdig belang-regeling (art. 2:239 lid 6)*

---

<sup>52</sup> Naar deze maatstaf zou het arrest van de HR 14 juli 2006, *JOR* 2006/179 (ABN Amro/Dijkema q.q.) en HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 (Duplicado) tot een andere uitkomst hebben geleid.

<sup>53</sup> Uit HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297 (Nieuwe Steen Investments) volgt dat de algemene vergadering steeds bevoegd is om een vertegenwoordiger aan te wijzen in geval van een tegenstrijdig belang ook al is de bestuurder in de statuten bevoegd verklaard. Het is de reden waarom de bestuurder in alle gevallen melding dient te maken van het bestaan van een tegenstrijdig belang aan de algemene vergadering om de laatste in staat te stellen een aanwijzing te geven. Zie HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393 (Brandao/Joral Management).

<sup>54</sup> Zie HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 (Duplicado).

<sup>55</sup> Zie HR 9 oktober 2009, *JOR* 2009/285 (Rosenberg Polak q.q./BoVe Holding) en HR 9 oktober 2009, *JOR* 2009/286 (Bovast Beleggingen/Rosenberg Polak q.q.).

<sup>56</sup> De gepubliceerde jaarrekening – indien er al een verplichting bestaat tot publicatie – kan hier niet als steun dienen voor de crediteur, omdat die per definitie slechts een momentopname bevat. Zie over de gebrekkige functie van de gepubliceerde jaarrekening ter bescherming van belangen van crediteuren M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sangen, 'Modernisering van het BV-recht en crediteurenbescherming', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004-6.

<sup>57</sup> HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 171 (Mediasafe II) en HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297 (Nieuwe Steen Investments).

Het nieuwe art. 2:239 lid 5 en 6<sup>58</sup> brengt een ingrijpende aanpassing die de praktijk aanzienlijk meer rechtszekerheid biedt. De huidige vertegenwoordigingsregeling verandert in een interne besluitvormingsprocedure. Dat heeft – aldus de MvT – het voordeel dat toepassing van de nieuwe regeling nog slechts interne werking en in beginsel geen gevolgen meer heeft voor derden (al is een beroep op de uitzondering in Bibolini niet per definitie uitgesloten). Het gevaar dat derden worden geconfronteerd met een beroep op ongebondenheid wegens een tegenstrijdig belang is teruggedrongen. De wetgever geeft voorrang aan het belang van het handelsverkeer, waarbij derden zich niet behoeven te verdiepen in de interne bevoegdheidsverdeling van de BV na afweging van de belangen van ‘al diegenen die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de rechtspersoon’. Dat laatste krijgt vorm door de verantwoordelijkheid bij het bestuur te leggen.<sup>59</sup> Anders is dit slechts als de derde wetenschap heeft van de interne bevoegdheidsoverschrijding en de benadeling van de BV door de litigieuze transactie.<sup>60</sup>

Ingevolge het nieuwe art. 2:239 lid 5 dient het bestuur zich bij de uitoefening van zijn taak te richten naar het vennootschappelijk belang. Lid 6 bepaalt dat een bestuurder die daarbij een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de BV niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming. Als dan geen besluit kan worden genomen, is de RvC bevoegd en bij afwezigheid daarvan dient het besluit te worden genomen door de AvA, tenzij de statuten anders bepalen. Daarmee keert de regeling terug naar zijn oorspronkelijke bedoeling: de bescherming van minderheidsaandeelhouders tegen de ‘moral hazard’ van bestuurders,<sup>61</sup> maar in de eenmans- en samenwerkings-BV blijft zij wat kunstmatig, omdat bestuur en AvA hier dezelfde personele bezetting hebben. In zoverre hier een *interne* actie van de BV tegen haar bestuurders al denkbaar is op grond van onbehoorlijk bestuur wegens handelen met een belang dat tegenstrijdig is met dat van de BV – hier primair: het gezamenlijke belang van alle aandeelhouders – al denkbaar is, moet dat belang van de BV – opnieuw – niet institutioneel worden opgevat. Crediteuren maken geen deel van de interne organisatie van de BV. Voorts wijzen wij opnieuw op art. 2:210 lid 3: door ondertekening van de jaarrekening is deze vastgesteld en is het bestuur gedechargeerd.

Voor de BV met op afstand staande aandeelhouders wijzen wij nog op het ontbreken van een afgeleide actie, maar ook op de ontwikkeling in de rechtspraak ingevolge

<sup>58</sup> Het wetsvoorstel ‘Bestuur en toezicht’: Voorstel van wet tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regels over bestuur en toezicht in naamloze vennootschappen, TK 31 763; hierin wordt voorgesteld het huidige artikel 2:146/256 te schrappen en een nieuwe tegenstrijdig belangregeling op te nemen in lid 5 en 6 van art. 2:129 BW.

<sup>59</sup> Kritisch over het loslaten van externe werking W.J.M. van Veen, *Zwevend recht*, oratie VU, Kluwer: Deventer 2008, p. 22 alsmede W.J. Slagter, ‘Tegenstrijdig belang’, in: P. Essers, G. Raaijkamers, G. van der Sangen, A. Verdam & E. Vermeulen (red.), *Liber Amicorum Met Recht. Privaat- en fiscaalrechtelijke opstellen aangeboden aan Theo Raaijmakers*, Kluwer: Deventer 2009, p. 461-469.

<sup>60</sup> De MvT, p. 14: ‘Dat roept de vraag op of (ook) de derde die wist of moest weten van de overtreding van de regel van tegenstrijdig belang, moet worden beschermd. Dat de regel betrekking heeft op de interne verhoudingen betekent nog niet dat een derde misbruik mag maken van het niet naleven van dergelijke interne bepalingen.’ Een van die regels is bijvoorbeeld dat een bestuurder het tegenstrijdig belang moet melden en zonder hiervan melding te doen en toch gebruik maakt van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid een onbehoorlijke taakvervulling verricht. Van de meldingsplicht maakt de MvT gewag op p. 13.

<sup>61</sup> De oorsprong van de bepaling in het WvK geeft aan dat het hier gaat om een bepaling ter bescherming van minderheidsaandeelhouders. Zie ‘ABN AMRO/Dijkema q.q.: tegenstrijdigheden rond tegenstrijdige belangen in een persoonsgebonden BV’, AA (2007), p. 150. In soortgelijke zin M.L. Lennarts, ‘Naar een nieuwe tegenstrijdig belang-regeling’, in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en toezicht*, IvO Groningen, deel 67, Deventer: Kluwer 2009, p. 7.

welke een individuele aandeelhouder een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan stellen op grond van onrechtmatige daad in het geval de bestuurder in strijd handelt met de statutaire voorschriften die juist in het belang van deze aandeelhouder zijn opgesteld: Willems Beheer/NOM.<sup>62</sup> Dat kan zich voordoen indien in zodanige BV de DGA een overwegende zeggenschap heeft en door zijn handelen met tegenstrijdig belang een aandeelhouder onrechtmatig rechtstreeks in zijn privé-vermogen schade berokkent in zijn algehele 'lidmaatschap'. Wij memoreren dat de partners in een samenwerkings-BV beschermd worden door de ORTS en art. 2:8.

Samenvattend: art. 2:239 lid 5 heeft in eenmans-BV nauwelijks enige betekenis. In een samenwerkings-BV voorziet de ORTS (en ook art. 2:8) in passende regelingen ter bescherming van de samenwerkende partners tegen opportunistisch gedrag van een hunner. In een BV met op afstand staande aandeelhouders, kunnen deze overstemd worden, maar bieden de artt. 15-16 grond tot aantasting van de gewraakte besluiten. Gestelde benadeling van crediteuren kan grond vormen voor een actie op grond van onrechtmatige daad of op grond van de Pauliana. De curator dient te ageren op grond van een generieke benadeling van de boedel en dient (het causale verband met) concrete benadeling te stellen en zo nodig dienen te bewijzen. Niet ondenkbaar is dat tegenstrijdig belangtransacties als kennelijke onbehoorlijk bestuur kunnen worden aangemerkt en een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement.

### *3.7. Algemene regels ter bescherming van crediteuren*

Het nieuwe BV-recht schrapt – terecht – een reeks van vereisten die niet effectief zijn gebleken ter bestrijding van misbruik waartoe zij zijn ingevoerd en die de BV ten opzichte van buitenlandse rechtsvormen onaantrekkelijk maakte: minimumkapitaal, bank- en accountantsverklaringen, Nachgründungs-regels, bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:180, terwijl regels inzake steunverlening en in inkoop eigen aandelen worden versoepeld. Inbreng van arbeid blijft niet toegestaan, maar de modaliteiten van aandelen zijn sterk geflexibiliseerd. Aangescherpt is, als besproken, de regeling voor het doen van uitkeringen. Andere regels blijven gelden. Wij noemen de belangrijkste.

Voor de BV die gefinancierd wordt met een substantieel geplaatst kapitaal, blijven de regels voor het doen van stortingen gelden.<sup>63</sup> Bedongen stortingen moeten worden gestort en in het BV-vermogen vloeien. Uitkeringen kunnen pas weer worden gedaan indien de vermogenssamenstelling en omvang daartoe ruimte biedt.

Een BV met een symbolisch kapitaal wordt mogelijk. Financiering kan dan geschieden met leningen van aandeelhouders (zie art. 2:193). Maar onverlet blijft dat een bestuurder geen handelingen mag verrichten die tot gevolg hebben dat de BV bestaande verplichtingen jegens crediteuren niet kan meer nakomen,<sup>64</sup> geen activa onttrekken waardoor crediteuren voorzienbaar in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld<sup>65</sup> en geen nieuwe verplichtingen aangaan waarvan de bestuurder weet of behoort te weten dat de BV deze niet zal kunnen nakomen en overigens geen verhaal biedt.<sup>66</sup> Jegens toekomstige crediteuren geldt wel een waarschuwingsplicht ter zake van dreigende insolventie op grond van de Beklamel-norm, die ook geldt voor de

<sup>62</sup> HR 20 juni 2008, *JOR* 2008/260 (Willemsen Beheer/NOM).

<sup>63</sup> Zie met name HR 24 maart 2000, *NJ* 2000, 354 (Wachtkamer Televisie Nederland) en HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 630, AA 2004, 430, m.nt. Raaijmakers en A. Bouichi (Hermesen q.q./De Bont).

<sup>64</sup> HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 (Oosterhof).

<sup>65</sup> HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (BLG/Keulen).

<sup>66</sup> HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (Beklamel), 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 (Waning/Van der Vliet) en HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766 (Romme/Bakker).

DGA.<sup>67</sup> Ingeval van insolventie verkleurt het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor het bestuurshandelen tot een actieve zorgplicht jegens de crediteuren van de BV met ieders eigen positie in de rangorde. Zie ook de jurisprudentie inzake selectieve wanbetaling:<sup>68</sup> zo lang geen sprake is van de toestand van feitelijke insolventie, is het BV-bestuur vrij crediteuren te betalen in de volgorde die hem goeddunkt, tenzij de crediteur anders heeft bedongen.

#### *Slotopmerkingen*

Een aandeelhoudersbestuurde BV kent het nieuwe BV-recht niet. De DGA heeft dus een dubbele hoedanigheid, ook in een samenwerkings-BV (anders dan in een vof/CV of openbare beroepsmaatschap). Als bestuurder is de DGA *intern, d.w.z. jegens de BV* en zulks ter beoordeling van de AVA (hem of hen zelf), gehouden ‘tot een *behoorlijke vervulling* van de hem opgedragen taak’ (art. 2:9 BW).

Het nieuwe BV-recht brengt dat interne karakter scherper tot uitdrukking doordat de strenge opvatting over openbaarheid van de volledige statuten wordt los gelaten en daardoor ruimte ontstaat voor een op maat gesneden ORTS. Het ontdoet de regel in het Schwandt-arrest van zijn vaagheid: ‘De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen *die de rechtspersoon beogen te beschermen* (curs. R/vdS), moet in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt’. Duidelijker wordt dat externe aansprakelijkheid slechts gebaseerd wordt op apert misbruik en ernstige verwijtbaarheid *jegens derden*. Wij wezen op art. 2:210 lid 3: ondertekening van de jaarrekening is tevens vaststelling en strekt tot kwijting van de bestuurder(s). Wij memoreren de ratio die de Hoge Raad formuleerde voor de (hoge) drempel die ‘ernstige verwijtbaarheid’ opwerpt.<sup>69</sup> De tegenstrijdig belangregeling is terug gebogen naar haar *interne* betekenis. Voor de DGA is van belang dat slechts zeer zelden een (zittende of gewezen) bestuurder door de BV zelf aansprakelijk wordt gesteld voor onbehoorlijk bestuur.

Onbesproken bleef de plaats en de betekenis van het enquêterecht voor de positie van de DGA, zowel wat betreft de ORTS als met het oog op (de voorbereiding van) aansprakelijkheidsacties tegen een DGA. Die vergt nadere aandacht, ook van de wetgever.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (SOBI/Hurks II).

<sup>68</sup> HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (Stalt-Coral).

<sup>69</sup> HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 (Willemsen/NOM).

<sup>70</sup> Vgl Raaijmakers/Van der Schree, Bescherming van beleggers in beurs-NV: het enquêterecht als actie- en de ‘business judgement rule’ als afweermiddel, in: Raaijmakers e.a. (red), *En na de crisis? Lustrumbundel NGB* (2010), p. 161-201.